

**LA NECESIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL EN LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS  
TRATATIVAS. A PROPÓSITO DE LA CONFIANZA RAZONABLE  
GENERADA.**

**THE NEED FOR THE IMPLEMENTATION OF THE TORT TO THE  
UNJUSTIFIED BREAKING OFF OF NEGOTIATIONS. WITH REGARD TO  
THE REASONABLE CONFIDENCE GENERATED.**

Rider Guzmán Altamirano

[riga11@hotmail.com](mailto:riga11@hotmail.com)

Alumno Pre Grado de la Universidad de San Martín de Porres

Recibido: 28-02-2016

Aceptado: 15-03-2016

---

**RESUMEN**

En el presente artículo el autor pretende brindar una nueva perspectiva en cuanto a cuál tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, es la que debe aplicarse al momento de ocurrir un rompimiento injustificado de las tratativas, cuando mediante su comportamiento una parte ha generado confianza razonable en la otra, respecto a que se iba a celebrar un contrato.

El objetivo de la presente investigación es evitar que antes de iniciarse los procesos judiciales que versan sobre este tema, las partes involucradas opten de acuerdo a su conveniencia por uno u otro de tipo de responsabilidad, a fin de no generar ambigüedades, por ejemplo, en los plazos de prescripción.

Para ello se analizarán figuras jurídicas básicas como el perfeccionamiento de un contrato, la buena fe en las tratativas y las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, basándose en la regulación del Código Civil y los antecedentes desarrollados por los operadores del Derecho.

Como resultado del análisis efectuado, el autor propone una solución vista desde otro ángulo, distinta a la propuesta de la doctrina nacional que se inclina a favor de la responsabilidad contractual, siendo que la responsabilidad *aquiliana* aplicada en el apartamiento injustificado de las tratativas, permitirá darle un sentido congruente a las decisiones de los magistrados.

## **Abstract**

In this article the author seeks to provide a new perspective as to what kind of responsibility, contractual or tort, is to be applied when an unjustified breach of the talks occur when by their behavior a party has generated reasonable confidence the other, who was about to conclude a contract.

The aim of this investigation is to prevent before the start of court proceedings concerning this issue, the parties choose according to your convenience by either type of responsibility, so as not to create ambiguities, for example, the statute of limitations.

To this basic legal concepts and perfecting a contract, good faith in the talks and the differences between contract and tort, based on the regulation of Civil Code and background developed by the operators of law will be analyzed.

As a result of the analysis, the author proposes a solution view from another angle, different from the proposal of the national law that is in favor of contractual liability, the tort liability being applied in an unjustified departure from the talks, let him a coherent sense to the decisions of the judges.

**Palabras Clave:** Libertad de contratar, tratativas, buena fe, confianza razonable, contrato, perfeccionamiento, responsabilidad extracontractual.

**Keywords:** Freedom of contract, negotiations, in good faith, reasonable confidence, contract, conclusion of the contract, in tort.

**Sumario:** I. Introducción II. Aspectos generales de la definición de contrato III. ¿Cuándo se forma el contrato? IV. Sobre las tratativas 4.1 Buena fe en las tratativas 4.2 Libertad de no contratar, ruptura injustificada y confianza razonable generada V. La supremacía aplicativa de la responsabilidad extracontractual VI. Conclusiones VII. Referencias bibliográficas

## I. Introducción

Es sabido que las personas antes de decidir si celebran o no un contrato, llevan a cabo acercamientos entre ambas partes para obtener información relevante; también sucede que mediante sus actos dan a entender que la celebración del contrato es inminente, generando así una confianza razonable en su contraparte sobre ello. Sin embargo, cuando dicha contraparte se aparta inoportuna e injustificadamente de las tratativas provocando daños en la otra, si bien es factible determinar que se trata de un supuesto de responsabilidad civil, resulta confuso establecer cuál tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, es la aplicable al caso.

En vista de tal incertidumbre jurídica que genera la problemática descrita, se han suscitado diversas opiniones doctrinales que apuntan hacia la responsabilidad contractual, argumentando que como las tratativas forman parte del *íter* contractual, una ruptura sin causa de las mismas está inmersa dentro de dicho tipo de responsabilidad. Si bien dicha postura encuentra una amplia aceptación por parte de los operadores del Derecho, es notable una falta de unanimidad y por ello es preciso señalar otra vía, que en este caso es la de la responsabilidad extracontractual, que en base a los argumentos que el autor desarrolla permitirá ser la solución idónea para la problemática referida.

Por ello, en el primer capítulo se verá lo concerniente al concepto de contrato, dentro de una óptica que va acorde a los objetivos del presente artículo, sin necesidad de entrar en debate acerca del concepto más exacto de esta institución jurídica, sino a manera de conocimientos previos que permitan la comprensión de la postura del autor.

Asimismo, el contenido del segundo capítulo versará sobre el perfeccionamiento del contrato, es decir, desde qué momento se puede hablar de contrato; momento de vital importancia en cuanto a su entendimiento para que a partir de allí se delimite la barrera para la aplicación de la responsabilidad extracontractual en vez de la contractual.

Por otro lado, dentro del tercer capítulo se verá lo concerniente a las tratativas, es decir, aspectos relativos a su concepto y en qué momento ocurren; de tal forma que ello enlazará con el principio de la buena fe, la cual si bien está mencionada en el artículo 1362° del Código Civil vigente, no está del todo configurada y requiere de ciertas determinaciones. Cerrando dicho capítulo se analizará el apartamiento injustificado de las tratativas, el cual para su relevancia dentro del Derecho de Daños, tiene que estar vinculado con la libertad de contratar y el haber generado una confianza razonable sobre la celebración del contrato.

Finalmente, tras el análisis realizado en los capítulos anteriores, se explicará no solamente la conveniencia sino también la idoneidad de la supremacía de la responsabilidad *aquiliana* sobre la contractual, así como también las conclusiones correspondientes que afianzarán la presente investigación.

## II. Aspectos Generales de la Definición de Contrato:

Como punto de partida, para llevar a cabo el análisis, es necesario tener presente definiciones de ciertas figuras jurídicas que guardan relación con la problemática planteada, tal es el caso del contrato.

Según la Real Academia Española, el contrato, del latín *contractus* es el “*pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas*”. Entonces, en base a dicha definición lexicológica, en términos generales se puede afirmar que un contrato (que puede ser escrito o verbal) es un acuerdo que se da entre partes en el que las mismas quedan comprometidas en cuanto a una determinada cuestión.

Por otro lado, en el campo del Derecho peruano, el artículo 1351° del Código Civil define al contrato como: *“El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*. Empero, tal como lo hace notar Max Arias-Schreiber (2000:101) dicha definición es igual a la primera parte del artículo 140° del mencionado código, que define al acto jurídico como: *“La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica”*, siendo la única diferencia que el contrato se restringe a las relaciones jurídicas patrimoniales.

No obstante, el Código Civil de 1984 si bien recoge la noción de acto jurídico bajo la influencia de la Teoría del Acto Jurídico nacida en Francia, lo cierto es que la misma no ha sido acogida por italianos y españoles quienes se han inclinado a favor de la Teoría del Negocio Jurídico elaborada en la Alemania del siglo XIX.

Pese a ello, el autor comparte la posición asumida por Manuel De la Puente y Lavalle (2003:29) quien se identifica con el criterio asumido por el legislador de 1984, que es el de mantener la noción de acto jurídico concebida por la doctrina y que no es perceptible una diferencia relevante y trascendental entre la noción de acto jurídico y negocio jurídico según sus teorías correspondientes ya que: *“En ambas concepciones los elementos importantes son la exigencia de una manifestación de una o varias voluntades y el propósito de producir mediante ella efectos jurídicos queridos por el ordenamiento jurídico”*

Asimismo, según la Teoría del Acto Jurídico los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales, en los primeros una sola parte es la que declara su voluntad para producir efectos jurídicos deseados por el emisor mientras que en los segundos confluyen dos o más manifestaciones de voluntad para generar los efectos mencionados. Es así que de una lectura del artículo 1351° del Código Civil, se puede afirmar que el contrato es un acto jurídico plurilateral (de por sí bilateral).

En suma, una definición acertada del contrato para los fines del presente artículo es la de Manuel de la Puente (Op. Cit.:38), para quien el contrato es: “La declaración de voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial”.

### III. ¿Cuándo se forma el contrato?

Conocer la respuesta a esta interrogante es de suma importancia, ya que permitirá establecer desde qué momento se puede decir que ya existe un contrato y a partir de allí dar luces sobre la aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual al tema del cual se está tratando; pero antes de ello se brindarán nociones de las fases del contrato, la oferta y la aceptación.

Ante todo importa destacar que lo anteriormente mencionado ha sido estudiado masivamente por la doctrina, encontrándose múltiples conceptos e interpretaciones, sin embargo, dado el pragmatismo que orienta el sentido del presente artículo se citarán las ideas respectivas de Manuel de la Puente y Lavalle, de quien no cabe duda que a través de sus obras encuentra una mayoritaria aceptación y prestigio por los operadores del Derecho, incluido el autor.

Pues bien, las fases del contrato están constituidas por: la negociación (donde encontramos a la oferta y la aceptación), la celebración y la ejecución; empero, la celebración y la ejecución del contrato están inmersas en la etapa contractual (cuando ya se ha perfeccionado el mismo) mientras que la negociación forma parte de la etapa precontractual (cuando aún no es posible hablar de la existencia de un contrato).

A todo esto, la oferta, según De la Puente (Op. Cit.: 480-481): “es una declaración de voluntad mediante la cual el declarante propone al destinatario la celebración de un determinado contrato. La finalidad de esta declaración es, pues, que mediante la aceptación de la oferta se celebre el proyectado contrato”, En otras palabras, la oferta consiste en una declaración de voluntad unilateral por parte del

oferente, a través de la cual le manifiesta al destinatario una propuesta, con determinadas condiciones, para contratar con él.

Ahora bien, siguiendo el pensamiento del ilustre De la Puente y Lavalle (Op. Cit.:491) la aceptación es considerada como “una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquel comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta”. Dicho de otra forma, al igual que la oferta, la aceptación es una declaración de voluntad unilateral pero es emitida por el destinatario y que al contar con todas las características necesarias se convierte en aceptación.

Tal es así, que el perfeccionamiento del contrato está regulado en los artículos 1373° y 1374° del Código Civil, el primero dispone que: “*El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*”. Mientras que en el segundo se presume conocimiento del contrato con la recepción del mismo al indicar que:

*“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”.*

Por lo tanto, en lo que concierne a la formación del contrato, el autor comparte la postura de De la Puente (Op. Cit.:502), para quien el *íter* contractual se desarrolla así:

“La iniciativa contractual parte del oferente, quien mediante su oferta propone al destinatario la celebración del contrato (...) Recibida la oferta, si el destinatario está de acuerdo con ella, hace suya la voluntad del oferente (...) con lo cual se forma una voluntad común de ambos (...) El aceptante pone en conocimiento del oferente la declaración conjunta de la voluntad común, con lo cual queda formado el contrato (...) si bien el contenido del contrato lo determina el oferente, la formación del contrato

es obra del aceptante, pues su aceptación constituye la exteriorización de la voluntad común de ambas partes”

#### IV. Sobre las tratativas

Ya analizados los aspectos en cuanto a la definición y formación del contrato, es pertinente ver lo concerniente a las tratativas, dado que estas se llevan a cabo antes de su perfeccionamiento y tanto su desarrollo como la buena fe que en ellas se debe observar son sustanciales en el tema que se está tratando.

Ahora bien, acerca de la definición de las tratativas, para Felipe Osterling y Alfonso Rebaza (2009:32) las tratativas: “se refieren a la fase durante la cual se discuten y elaboran los términos del futuro contrato. Por consiguiente, nos encontramos en un período que precede a su perfeccionamiento (...)”.

Por añadidura, en cuanto a lo necesarias que resultan ser las tratativas antes de celebrar un contrato, Juan José Haro Seijas (2002:126) afirma lo siguiente:

“(...) para llegar a un entendimiento en los términos y condiciones que habrán de regir una relación contractual (en el caso de quedar conformada ésta), las partes deben involucrarse en una serie de contactos previos y embarcarse, según fuera el caso, en una más o menos larga etapa de negociaciones o tratativas destinadas a configurar el sentido del acuerdo (...) El contrato es un producto acabado que (...) constituye el resultado directo de las tratativas que le han precedido”.

Como vemos, las tratativas implican actividades previas a la celebración de un contrato, como el contactarse o intercambiar información que las personas que desean celebrar un contrato deben realizar, ya que por medio de las conversaciones entabladas se puede conocer toda la información que sea necesaria como el precio, la identidad de las personas a contratar, los intereses que esta tiene, etc. para que luego de un análisis lleguen a la conclusión de si es conveniente o no (en base a las beneficios o ganancias que obtendrían) celebrar un contrato.



En definitiva, las personas interesadas en celebrar un contrato mediante las tratativas moderan sus posiciones, representándose resultados a manera de simulación y sobretodo invierten en las negociaciones recursos valiosos como tiempo y dinero. De manera que las tratativas tienen una voluntad de tratar y no de contratar y dejarían de serlo en el supuesto de que se haga un ofrecimiento que equivaldría a una oferta.

#### 4.1 Buena fe en las tratativas

Sabiendo lo que son las tratativas y su contexto, la buena fe aparece como algo muy ligado a ella y que aparentemente no hay mucho qué decir sobre la misma o que ya todo está aclarado en el ordenamiento jurídico peruano, sin embargo como veremos a continuación es todo lo contrario. Y todo ello surge a raíz de lo que dispone el Código Civil en el artículo 1362°: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse **según las reglas de la buena fe** y común intención de las partes” (el subrayado y negrita son del autor).

Pues bien, de dicha lectura se puede dar cuenta de varias cuestiones, la primera es que el Código Civil menciona a la buena fe, empero no brinda una definición expresa sobre ella; la segunda es que si bien establece que la buena fe ha de estar presente en la negociación, celebración y ejecución de los contratos no dice cómo es que ha de ser su aplicación.

A todo esto, conviene determinar cuál de los dos sentidos que tiene la buena fe, subjetivo y objetivo, es el que debe seguirse para efectos de la aplicación del artículo 1362° del Código Civil. En ese orden, Mario Castillo Freyre (2012:118) señala que:

“El primero de esos sentidos es el subjetivo; siendo la *buena fe creencia*, la intención o creencia con la que obran las personas. El segundo sentido de la buena fe es el objetivo, y se entiende como la regla de conducta que orienta la actuación leal del sujeto, **como podría ser el caso de la negociación de un contrato**. Es la buena fe lealtad” (el subrayado y negrita son del autor).

Por lo tanto, la buena fe lealtad es la que se exige en el citado artículo y una definición acertada para el tema que se está investigando, es la que da Alfredo Chan (2011: 51) al referirse a ella como: “un estándar de conducta que debe guiar la actuación de las partes, y dicho estándar tiene como premisa la existencia de un deber de lealtad u honestidad entre las partes. En esa línea, se consideraría que actúa de buena fe aquél que (...) tiene presente los efectos de su conducta y la confianza que genera en su contraparte (...)”. Igualmente, Felipe Osterling y Alfonso Rebaza (Op. Cit.:34) afirman que: “es el deber de lealtad y confianza razonable lo que se debe analizar en la conducta del tratante”.

#### 4.2 Libertad de no contratar, confianza razonable generada y ruptura injustificada

Por otra parte, como ya se había advertido de cierta escasez normativa en cuanto a cómo es que deben comportarse las partes de acuerdo a la buena fe en la negociación, formación y ejecución de un contrato. Dado que este artículo va enfocado en lo que a las tratativas respecta, se verá lo concerniente a la conducta en base a la buena fe que deben acatar las partes durante las negociaciones, así como el vínculo que tienen con la confianza razonable generada y la ruptura injustificada de las tratativas.

Ante todo, es conveniente tener en cuenta a la libertad de contratar, regulada en el inciso 14, artículo 2° de la Constitución Política de 1993: “[Toda persona tiene derecho] a *contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”; sobre su contenido el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 4788-2005-PA/TC fundamento N.º 7 dice que esta libertad garantiza la: “Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, (...)”, mientras que, según Felipe Osterling y Alfonso Rebaza (Op. Cit.: 33): “en su acepción negativa conlleva el derecho a no contratar”, lo cual trasladando al tema materia de investigación significa apartarse de las tratativas, empero ello no siempre será así.

Ahora bien, de entre los tipos de daños en las tratativas que menciona Alfredo Chan citando a Escobar Rozas (Op. Cit.:48) se encuentra precisamente la ruptura injustificada de tratativas, que se da:

“(…) pese a haber generado en su contraparte una confianza razonable que el contrato sería celebrado. Esta confianza puede haberse generado por manifestaciones expresas o tácitas, (…) los actos desarrollados han generado una confianza razonable que el contrato iba a ser celebrado, y es en base a dicha confianza que la contraparte ha incurrido en gastos, tiempo y otros recursos. Por lo que, defraudar esta confianza va a implicar responsabilidad para el que interrumpe de manera injustificada las tratativas”.

Es por ello, que el citado Chan Arellano (Op. Cit.: 56) indica que una de las reglas básicas teniendo en cuenta a la buena fe en las tratativas es que:

“Se deben proteger las promesas efectuadas por las partes que ha generado confianza razonable. Si bien es cierto que durante la etapa de las tratativas no existe un contrato entre las partes, la conducta desarrollada por éstas sí puede generar una confianza o expectativa razonable cuya falta de cumplimiento puede producir daños”.

De igual modo, Felipe Osterling y Alfonso Rebaza (Op. Cit.:35) profundizan que:

“(…) si las negociaciones se iniciaron de buena fe y alguno de los tratantes decidió terminar con ellas, actuando lealmente, no se genera responsabilidad. (…) si se rompe una tratativa injustificadamente, pero no se ha creado una confianza razonable en la celebración del contrato, tampoco se habrá generado responsabilidad. (…) las partes estarían actuando en función a su libertad de contratar, la cual en su acepción negativa importa el derecho a no contratar. Solo una vez traspasado este límite cobra relevancia el deber de buena fe y es entonces cuando la ruptura injustificada de las tratativas genera responsabilidad”

Por lo tanto, es factible que las partes durante las tratativas gocen de su libertad de contratar y de no contratar, pudiendo apartarse de ellas cuando lo crean conveniente, no obstante ello no sería posible si ya se ha generado una confianza razonable en la otra parte respecto a que el contrato iba a ser celebrado, por lo que la interrupción de las tratativas sería injustificada e inoportuna; no solamente por lo mencionado sino también porque todos aquellos recursos valiosos que fueron invertidos por la parte afectada no se verían recompensados. Consecuentemente, se trata de determinar si era de acuerdo con la buena fe: Tanto que una de las partes se aparte de las tratativas como el confiar en que la celebración del contrato se iba a dar.

#### V. La supremacía aplicativa de la responsabilidad extracontractual

Una vez esclarecidas las nociones previas, ahora es turno de desarrollar el tema central, el cual como ya se había anunciado, va dirigido a determinar el tipo de responsabilidad (contractual o extracontractual) que ha de ser aplicado en la interrupción injustificada e inoportuna de las tratativas. Es de notar, que el tema materia de investigación es prioritario puesto que a partir de su desarrollo es donde se pueden analizar los temas secundarios afines al mismo.

Preliminarmente, si vamos a tratar sobre ambos tipos de responsabilidad, es necesario dar una definición de responsabilidad civil. Sobre ella, acertadamente, Morales Hervias citando a León (2005:318) expresa que:

“Significa el fenómeno de que el ordenamiento jurídico haga de cargo a una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica. Las normas de responsabilidad garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien”.

Como nexa a las subsiguientes ideas principales, Rómulo Morales Hervias (Op. Cit.: 306) hace notar que cierto sector doctrinario nacional pretende una

unificación entre los dos tipos de responsabilidad. Aun así, el autor se adhiere a la tesis de unicidad, que entre sus principales defensores tiene a Bustamante Alsina (1997: 97-98), dicha tesis propone una concepción unitaria genérica consistente en que si bien la responsabilidad civil es una sola también es cierto que existen los dos regímenes de responsabilidad mencionados, los cuales como se verá continuación presentan diferencias que hay que tener en cuenta.

Pues bien, el referenciado Morales Hervias citando León (Op. Cit.: 318) acerca de la responsabilidad contractual dice que: “es la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida”; mientras sobre la responsabilidad *aquiliana* menciona que: “es el sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento”.

No obstante, si ambos tipos de responsabilidad tienen varias diferencias, en este artículo se mencionarán solamente a las diferencias que se consideran principales de acuerdo a los fines del mismo:

- Factor de atribución: En la responsabilidad contractual son el dolo, la culpa leve e inexcusable (criterios subjetivos), esto según el artículo 1321° del Código Civil. A su vez en la responsabilidad extracontractual cuenta tanto con el dolo y la culpa (criterios subjetivos) en el artículo 1969° del Código así como con el causar daño a otro con un bien riesgoso o peligros, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa establecidos en el artículo 1970° de dicho dispositivo legal, los cuales vienen a estar inmersos en el criterio subjetivo.
  
- Relación de Causalidad: En la responsabilidad contractual el artículo 1321° del Código Civil nos dice que:

*“El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean **consecuencia inmediata y directa de tal inejecución**. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que **podía preverse al tiempo en que ella fue contraída**” (el subrayado y negrita son del autor).*

Mientras que en la responsabilidad extracontractual, el artículo 1985° del Código civil, exige relación de causalidad entre el hecho y el daño producido.

- El plazo de prescripción: El de la responsabilidad contractual es de 10 años mientras que el de la extracontractual es de 2 años, según el artículo 2001°, incisos 1 y 4 del Código Civil. Sobre este punto es de notar que, en el supuesto que haya ocurrido una interrupción injustificada de las tratativas cuando se generó confianza razonable en la celebración del contrato; de tal forma que la parte afectada demande (después de 3 años de lo ocurrido) por daños y perjuicios aplicando la responsabilidad extracontractual a la parte transgresora, es probable que esta última conteste la demanda alegando que se trata de responsabilidad contractual por lo que la acción de la demandante ya prescribió. Es por eso que al final del artículo se dirá quién tiene la razón.
- Daño que debe ser indemnizado: Acorde a los artículos 1321° y 1322° del Código Civil, en la responsabilidad contractual, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral deben ser indemnizados. En la responsabilidad extracontractual es casi parecido ya que también se hace mención al daño emergente, lucro cesante y el daño moral pero con la diferencia que se añade el daño a la persona, esto según el artículo 1985° del mencionado cuerpo legal.

Dadas las principales diferencias corresponde ahora trasladar el supuesto fáctico que tantas veces se ha mencionado en la presente investigación, primero al ámbito de la responsabilidad contractual y posteriormente al de la responsabilidad extracontractual, para determinar cuál de ellas es la que tiene supremacía aplicativa.

Entonces, respecto a cuándo surge la responsabilidad contractual, Diez-Picazo (1999:253) sostiene que: “entre las partes existe un contrato o una relación contractual y los daños son debido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los que es estrictamente materia del contrato”. Conforme a lo citado, se puede afirmar que lo dispuesto en los artículos 1314° y 1321° del Código Civil no es aplicable al supuesto fáctico que se está investigando, dado que en las en las tratativas aún no hay contrato, son acercamientos a realizar previamente para decidir si dicho contrato se celebra o no; por lo tanto no es posible de hablar de inejecución o cumplimiento tardío, parcial o defectuoso durante las negociaciones y sobretodo de responsabilidad contractual.

Más aun, como ya se ha visto en el capítulo anterior, durante las negociaciones las partes a lo único que están obligadas es a que su comportamiento sea acorde a la buena fe de tal forma que mientras no se haya generado una confianza razonable sobre tal celebración no hay impedimento alguno en interrumpir dichas negociaciones. Asimismo, Alfredo Chan (Op.Cit.:51) profundiza que: “En la negociación, las partes todavía no se encuentran vinculadas por un contrato, por lo que su límite de actuación es mucho más amplio y flexible, nos encontramos ante una etapa en que las partes *intentan conocerse*, y cada una mantiene una conducta estratégica a fin de obtener la máxima utilidad de la negociación”.

A todo esto, conviene aplicar la responsabilidad extracontractual al supuesto de hecho que se está tratando. Para ello, el autor se ha basado en las siguientes afirmaciones: La primera, de Alfredo Chan Arellano (Op. Cit.:47), quien en su artículo le atribuye a la ruptura injustificada de las tratativas como base legal los artículos 1362° y 1969° del Código Civil; la segunda, de Max Arias Schreiber (2000:119) quien afirma que: “el el artículo 1362° se refiere a la negociación contractual, por lo que en definitiva, pensamos que su ruptura injustificada dará siempre lugar a una reparación, apreciada en virtud de las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, contenidas en los artículos 1969° y siguientes del Código Civil”.

Por cierto, a fin de ilustrar su postura dentro de la casuística, el autor considera pertinente contar con el caso Hoffman vs. Red Owl Stores, el cual es mencionado por Alfredo Chan Arellano citando a Allan Farnsworth (Op. Cit.: 178).

Dicho caso trata sobre lo siguiente:

“Hoffman inició negociaciones con Red Owl Stores (un concesionario de supermercado) con el objeto de establecer una franquicia. De acuerdo con lo indicado por Red Owl Stores. Hoffman sólo requeriría la suma de US\$ 18.000.00 con dicho objeto. Confiando en lo declarado por Red Owl Stores, y mientras estaban negociando, Hoffman vendió su panadería y realizó gastos para la ejecución del proyecto, tales como compra de terrenos, gastos de mudanza, entre otros. Pese a ello, las negociaciones entre las partes colapsaron debido a que Red Owl Stores le exigió a Hoffman una contribución mayor a los US\$ 18.000.00 antes indicados, y Hoffman se negó a ello.”

Asimismo, se hace mención que la base legal es el artículo 1969° del Código Civil, en virtud del cual: *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”*.

Es así que la responsabilidad extracontractual parte de un ilícito extracontractual, el cual según Morales Hervias (Op. Cit.:319) quien cita Paolo Zatti se da cuando: “[la] lesión del interés de un sujeto viene provocada por la conducta de otro sujeto *fuera* de toda relación preconstituída”. Por eso es que el hecho de interrumpir injustificada e inoportunamente las tratativas cuando se genero confianza razonable en la celebración del contrato, necesariamente implica un ilícito extracontractual, el mismo que se aprecia en el caso que nos concierne, ya que Red Owl Stores al decirle a Hoffman que debe pagar un monto superior al acordado, el primero está vulnerando la situación jurídica subjetiva del segundo.

En lo que respecta al factor de atribución, según el artículo 1969° del Código Civil, corresponde al sistema subjetivo, el cual según Lizardo Taboada



(2003:96): “se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución objetiva. Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima”.

Entonces, en el caso que estamos tratando se aprecia el dolo en el accionar de Red Owl Stores al exigirle a Hoffman una contribución superior a los US\$ 18.000.00 a sabiendas que este último hizo todo lo posible para contar con dicha cantidad de dinero. Por cierto, como el Código Civil establece en la responsabilidad extracontractual la inversión de la carga de la prueba, la parte infractora tendrá que probar que no actuó con dolo.

En lo relativo a la relación de causalidad, Lizardo Taboada (Op. Cit.: 83) explica que: “se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar”. Por eso, el ilícito contractual cometido por Red Owl Stores, es la causa que provoca el daño a Hoffman quien realizó gastos en su creencia que el contrato iba a ser celebrado, pero como se vio, dichos esfuerzos no se vieron recompensados.

Finalmente, respecto a la definición de daño, Yzquierdo Tolsada (2001:143) asevera: “que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de duda. En efecto, se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar”. Como ya se acotó previamente, el artículo 1985° del Código Civil señala que el daño comprende: el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.

En cuanto al daño emergente, para Fernando de Trazegnies citando a Paulus (1988:36) es: “el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia (...) es siempre un empobrecimiento”; el lucro cesante, el según el mismo De Trazegnies (Op. Cit.: 37) consiste en: “aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino (...) aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño. Por consiguiente, mientras en el daño

emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente”.

Por otro lado, el lector debe tener presente que el autor considera que en vez de entrar en debates y análisis sobre las definiciones y la funcionalidad del daño moral y el daño a la persona, considera pragmático dar una definición acorde a los fines de este artículo sobre los mismos puesto que están contemplados en el Código Civil.

Sobre el daño moral Leysser L. León quien cita a Renato Scognamiglio (2007:231) asevera que: “deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”. Acerca del daño a la persona, en un sentido amplio y genérico, para el mismo Leysser León (Op. Cit.:232-233) consiste en: “el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico de responsabilidad civil. (...) Es un atentado contra la integridad de un derecho individual (...)”.

En virtud del caso Hoffman vs. Red Owl Stores, el daño emergente para Hoffman se da en el empobrecimiento al que llegó tras el dinero que gastó en las tratativas que no pudo ser recuperado al no darse la celebración del contrato así como el esfuerzo de desprenderse de su panadería. El lucro cesante se manifiesta con el impedimento de que Hoffman se enriquezca legítimamente al no llegar a celebrar el contrato que le hubiera permitido conseguir beneficios económicos tras establecer la franquicia.

A su vez, el daño moral para Hoffman implica el menoscabo de su estado de ánimo, el cual antes del apartamiento injustificado de las tratativas por parte de Red Owl Stores, probablemente estaba contextualizado en la expectativa positiva y optimista de conseguir un beneficio patrimonial con el establecimiento de una franquicia; a decir verdad a cualquiera le causaría tristeza que tras hacer un gran esfuerzo para conseguir US\$ 18.000.00 (S/. 63.234 Soles aproximadamente) y así celebrar un contrato, tu contraparte te exija un monto

mayor que ya sería muy difícil de alcanzar. Finalmente, el daño a la persona se da con la vulneración de la libertad de contratar de Hoffman, constitucionalmente protegida por nuestra Carta Magna (inciso 14, artículo 2°).

Por lo tanto, en base a todo el análisis y a las razones debidamente fundamentadas que se realizaron en el presente artículo, existen motivos suficientes para concluir que ante un apartamiento injustificado de las tratativas cuando se ha generado confianza razonable en la celebración de un contrato, es la responsabilidad extracontractual que tiene la supremacía aplicativa sobre la responsabilidad contractual.

## VI. Conclusiones

1. El contrato es un acto de autonomía bilateral (o en todo caso plurilateral) que consiste en la declaración de voluntad de dos o más partes, cuyo efecto es producir una mutación jurídica (crear, regular, modificar o extinguir entre una relación jurídica patrimonial).
2. La formación del contrato se da cuando el ofertante toma conocimiento de la aceptación del destinatario de la oferta (quien ya pasaría a denominarse aceptante)
3. Las tratativas implican actividades previas a la celebración de un contrato, que van desde el contactarse o intercambiar información, incluso el invertir tiempo y dinero, para que las personas conozcan toda la información necesaria que les permita decidir si celebran o no un contrato.
4. La buena fe en las tratativas es entendida como un estándar de conducta que guía la conducta de las partes y del cual derivan los deberes de lealtad y honestidad. Por ello, actúa de buena fe quien tiene en cuenta las consecuencias de su conducta y la confianza que genera en su contraparte.
5. Durante las tratativas las partes pueden ejercer su libertad de contratar, la cual en su acepción negativa implica el derecho a no contratar. Sin embargo, si

bien dicha libertad se encuentra reconocida constitucionalmente también se encuentra limitada por la confianza razonable generada en la celebración de un contrato.

6. Las partes durante las tratativas, haciendo ejercicio de su libertad de no contratar, pueden interrumpirlas. Empero, la interrupción de tales tratativas se tornará inoportuna e injustificada cuando se haya generado confianza razonable en la contraparte en la celebración de un contrato, además los gastos en los que ha incurrido dicha contraparte no se verían recuperados al no celebrarse pues el contrato.
7. La tesis de unicidad de la responsabilidad civil propone una concepción unitaria genérica en la que si bien es cierto que la responsabilidad civil es una civil también lo es que existen dos regímenes de responsabilidad: Contractual y extracontractual; los cuales presentan marcadas diferencias como por ejemplo en su origen y en su regulación normativa.
8. No es posible hablar de responsabilidad contractual en el apartamiento injustificado de las tratativas tras una confianza razonable generada en la celebración del contrato, puesto que justamente en dicha fase no existe contrato alguno así como también no es dable hablar de inexecución o cumplimiento tardío, parcial o defectuoso durante las negociaciones.
9. En cambio, dicho supuesto fáctico, sí encuentra su configuración en los elementos de la responsabilidad extracontractual. Ya que tal ruptura es un ilícito extracontractual que de acuerdo al criterio de imputación subjetivo (dolo) y la teoría de la causalidad adecuada provoca daños a la persona agraviada quien invirtió tiempo y dinero.
10. Es necesario dar a conocer la supremacía aplicativa de la responsabilidad extracontractual a los operadores del derecho, en especial a los magistrados, a fin de que las partes involucradas en este tipo de conflicto antes de iniciar el proceso judicial aleguen por uno u otro tipo de responsabilidad de acuerdo a su conveniencia.

## VII. Referencias bibliográficas

1. Arias-Schreiber, M. (2000) *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I: Contratos Pate General. 2° edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
2. Bustamante, J. (1997) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9° edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
3. Castillo, M. (2012) “Transferencia de propiedad, concurrencia de acreedores y Registros Públicos”, pp. 97-123. En: Calderón, C. y Agurto, C. (coordinadores). *Derechos Reales*. Lima: Motivensa.
4. Chan, A. (2011) Solo estamos saliendo: Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas. En: *IUS ET VERITAS*, Volumen 21, Número 43, pp. 44-57
5. De la Puente, M. (2003) *El Contrato en General*. Tomo I. 2° edición. Lima: Palestra Editores S.A.C.
6. De Trazegnies, F. (1988) *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP
7. Díez-Picazo, L. (1999) *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
8. Haro, J. (2002) ¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe. En: *Advocatus*, Número 7, pp. 122-146.
9. León, L. (2007) *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2° edición. Lima: Jurista Editores.
10. Morales, R. (2005) “La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)” pp. 305-346.

En: Espinoza, J. (director). *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Palestra.

11. Osterling, F. y Rebaza, A. (2009) La ruptura injustificada de las tratativas contractuales. En: *Análisis en temas de Derecho*, pp. 31-41.
12. Taboada, L. (2003) *Elementos de la Responsabilidad Civil (Comentarios a normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual)*. 2º edición. Lima: Grijley.
13. Yzquierdo, M. (2001) *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykinson.